

747854

205604

Forholdet mellom arbeidsgivers styringsrett og graviditetsdiskrimineringsvernet

Ved endring av arbeidsforhold i forbindelse med permisjon

BCR 3102
Bacheloroppgave
Høyskolen Kristiania
HR og personalledelse
Vår 2017



Høyskolen
Kristiania

«Denne bacheloroppgaven er gjennomført som en del av utdannelsen ved Høyskolen Kristiania. Høyskolen Kristiania er ikke ansvarlig for oppgavens metoder, resultater, konklusjoner eller anbefalinger».

Antall ord: 9302

Forord

I denne oppgaven skal vi belyse temaet graviditetsdiskriminering i arbeidsforhold. Oppgaven er gjennomført som avsluttende del av bachelorstudiet i HR og personalledelse ved Høyskolen Kristiania i Oslo.

Etter å ha gjennomført faget arbeidsrett høsten 2016 fikk vi en stor interesse for diskrimineringslovgivningen og det særskilte vernet som følger av graviditet. Samtidig opplevde vi at det forekom forvirring omkring diskrimineringslovgivningen og om hvorvidt arbeidsgivers styringsrett kunne overstyre diskrimineringsvernet. Utgangspunktet for denne oppgaven blir dermed å tydeliggjøre handlingsrommet arbeidsgivere har i etablerte arbeidsforhold hvor arbeidstakere har et særskilt vern mot diskriminering.

Vi har under utformingen av denne bacheloroppgaven tilegnet oss bred kunnskap om diskrimineringslovgivningen. Imidlertid har arbeidet vært svært krevende på bakgrunn av at vi har anvendt juridisk metode, som er en utradisjonell tilnærming for studenter ved Høyskolen Kristiania. Vi må derfor rette en stor takk til vår veileder Kjell Ove Ernes for gode råd og konstruktive tilbakemeldinger underveis i oppgaven.

Innholdsfortegnelse

1 INNLEDNING	1
1.1 Tema.....	1
1.2 Problemstilling	2
1.3 Avgrensning	2
1.4 Metode.....	2
2 BEGREPSAVKLARING	3
2.1 Arbeidsforhold, arbeidstaker og arbeidsgiver	3
2.2 Likestilling i arbeidsforhold	3
2.3 Diskriminering versus forskjellsbehandling.....	4
2.4 Graviditetsdiskriminering.....	4
2.5 Graviditetsrelatert permisjon.....	5
2.6 Permisjon forbeholdt mor eller far (minsterrettigheter)	5
2.7 Videre fremstilling	5
3 RETTSKILDESITUASJONEN.....	6
3.1 Styringsretten – ulovfestet rett	7
3.2 Diskrimineringsvernet – styringsrettens begrensninger	8
3.2.1 Likestillingsloven	8
3.2.2 Arbeidsmiljøloven.....	9
3.2.3 Arbeidsmiljølovens bestemmelser om arbeidsavtaler	10
3.2.4 EU/EØS-lovgivning	11
3.2.5 Det ulovfestede saklighetskravet.....	12
3.3 Hvem er vernet mot graviditetsdiskriminering i arbeidsforhold?	13
4 ENDRING I ARBEIDSFORHOLD I FORBINDELSE MED PERMISJON	15
4.1 Endring av stilling	16
4.2 Endring i Lønnsvilkår.....	21
4.3 Permisjonstakers rett til å fremme lønnskrav og å delta i lønnsforhandlinger	27
5 KONKLUSJON.....	30
6 LITTERATURLISTE.....	31

1 INNLEDNING

1.1 Tema

Denne oppgaven skal belyse temaet graviditetsdiskriminering i etablerte arbeidsforhold. Vi ønsker å se på forholdet mellom arbeidsgivers styringsrett og det særskilte diskrimineringsvernet de ansatte har i forbindelse med en graviditet. Videre ønsker vi å behandle rettslige problemstillinger knyttet til endring av arbeidsforhold i sammenheng med utnyttelse av permisjonsrettigheter knyttet til graviditet.

Etter at den første likestillingsloven ble vedtatt i 1978 har det skjedd store endringer i forhold til likestilling i arbeidslivet. I dag anses det som en rettighet å ikke bli diskriminert på bakgrunn av graviditet.¹ Imidlertid hersker det tvil omkring hva diskrimineringsvernet innebærer. Ifølge likestillings- og diskrimineringsombudet omhandler de fleste klage- og veiledningssakene de mottar graviditet og foreldrepermisjon i arbeidslivet,² noe som underbygger vår oppfatning. Utgangspunktet for denne oppgaven blir dermed å tydeliggjøre handlingsrommet arbeidsgivere har i etablerte arbeidsforhold hvor arbeidstakere har et særskilt vern mot diskriminering.

¹ Jf. Innst. 158 L (2009-2010) s. 2

² Likestillings- og diskrimineringsnemda. «LDOs statistikk – Statistikk 2007-2015»

1.2 Problemstilling

Formålet med denne oppgaven er å fastsette hvilket handlingsrom arbeidsgiver har ved gjennomføring av endringer i et etablert arbeidsforhold, sett opp mot arbeidsgivers styringsrett versus diskrimineringsvernet de ansatte har. Problemstillingen vi ønsker å svare på er:

På hvilken måte påvirker graviditetsdiskrimineringsvernet arbeidsgivers adgang til å utøve sin styringsrett?

For å svare på problemstillingen vil vi gå nærmere inn på hvordan diskrimineringslovgivningen begrenser arbeidsgivers styringsrett. Dette vil vi gjøre ved å fordype oss i lovgivning, rettspraksis, forvaltningspraksis samt juridisk teori.

1.3 Avgrensning

Drøftingen vil ha utgangspunkt i det etablerte arbeidsforholdet og vi ønsker å ta tak i problemstillinger hvor arbeidsforholdet er formalisert av en arbeidsavtale. Videre vil vi behandle spørsmål som dreier seg om endringer i et arbeidsforhold hvor den ansatte er vernet mot graviditetsdiskriminering. Dette innebærer at rekrutteringsprosessen og oppsigelser ikke vil behandles ettersom dette ikke innebærer endringer, men heller inngåelse og avslutning av arbeidsforholdet. Avskjed vil således også falle utenfor fremstillingen. Videre har vi avgrenset oss mot å behandle spørsmål rettet mot permittering, midlertidig ansettelse, prøvetid og rettigheter ved kunstig befruktning.

1.4 Metode

I oppgaven vil vi anvende juridisk metode for å undersøke det rettslige grunnlaget som regulerer forholdene omkring spørsmålet som vår problemstilling reiser. Juridisk metode kan forklares som en prosess for å rede ut hvordan man skal tolke lovgivningen, som videre kan gi svar på hva en rettsregel går ut på.³ Videre i oppgaven vil vi tolke lovgivningen med utgangspunkt i rettsgrunnlaget for å skape en forståelse av lovreglene slik at vi videre kan svare på problemstillingen.

³ Boe, Erik *Grunnleggende Juridisk metode* 2012 s. 82

2 BEGREPSAVKLARING

2.1 Arbeidsforhold, arbeidstaker og arbeidsgiver

Et arbeidsforhold kan defineres som et avtaleforhold mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, hvor en arbeidstaker forplikter seg til å utføre arbeid under arbeidsgiverens ledelse.⁴ Et arbeidsforhold vil således være etablert når en arbeidstaker og en arbeidsgiver inngått en arbeidsavtale.⁵ I arbeidsmiljøloven § 1-8 defineres en arbeidstaker som «enhver som utfører arbeid i en annens tjeneste» og en arbeidsgiver som «enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste». I et arbeidsforhold vil arbeidstakeren være pliktig til å etterleve rettmessige endringer som arbeidsgiveren krever. Denne plikten kalles *lydighetsplikten*. Dersom en arbeidstaker motsier seg endringene som kreves kan dette betraktes som *ordrenekt* og kan videre føre til en rettmessig oppsigelse av arbeidstakeren og i verste fall avskjed.⁶

2.2 Likestilling i arbeidsforhold

Likestillingsloven har som formål å fremme likestilling uavhengig av kjønn og dette innebærer likeverd, like muligheter og rettigheter, tilgjengelighet og tilrettelegging.⁷

På samme måte som ellers i samfunnet, handler likeverd i arbeidslivet om at alle er like verdifulle uavhengig av biologiske, sosiale eller kulturelle forhold. Likestillingsloven tar sikte på at ingen skal bli utsatt for handlinger som setter noen i en dårligere stiling på bakgrunn av disse forholdene. Likestilling i handler også om at alle skal ha de samme rettighetene og reelle mulighetene til utdanning, jobb og inntekt. For at alle skal ha de samme mulighetene i arbeidslivet kan det være nødvendig å tilpasse eksempelvis arbeidsmiljøet, arbeidstiden og arbeidsvilkårene til personer med tilretteleggingsbehov. Likestilling handler således om å jevne ut barrierene slik at alle har like muligheter for deltakelse.⁸

⁴ Jakhelln Henning *Oversikt over arbeidsretten* 2006 s. 23

⁵ Kristen Andersen *Fra arbeidslivets rett* 1967 s. 15

⁶ Storeng, Beck og Due Lund *Arbeidslivets spilleregler* s. 423

⁷ Jf. Likestillingsloven § 1

⁸ Jf. NOU 2009:14 s. 101-102

2.3 Diskriminering versus forskjellsbehandling

Diskriminering kan forklares som usaklig forskjellsbehandling knyttet opp mot et eller flere kjennetegn forbundet med en person, og som brukes som diskrimineringsgrunnlag for å behandle en person forskjellig fra en annen.⁹ Det følger av likestillingsloven § 5 at forskjellsbehandling med grunnlag i graviditet, fødsel, amming og utnyttelse av permisjonsrettigheter knyttet til graviditet regnes som diskrimineringsgrunnlaget kjønn.¹⁰ I vår fremstilling tar vi utgangspunkt i *kjønn* som diskrimineringsgrunnlag, men for enkelhets skyld benytter vi begrepet *graviditeten* i denne sammenhengen. I likestillingsloven § 5 skilles det mellom direkte og indirekte forskjellsbehandling. Ved direkte forskjellsbehandling er graviditeten grunnen til forskjellsbehandlingen, mens ved indirekte forskjellsbehandling kan andre forhold som tilsynelatende virker kjønnsnøytrale være grunnen, men at disse allikevel er på knyttet til graviditeten.¹¹ Vi vil benytte begrepene forskjellsbehandling og diskriminering i oppgaven, og det som skiller begrepene er at forskjellsbehandling kan være lovlig, mens diskriminering er forbudt.

2.4 Graviditetsdiskriminering

Vi vil benytte oss av begrepet *graviditetsdiskriminering* når vi snakker om diskriminering med grunnlag i graviditet, fødsel, graviditetsrelatert permisjon. Begrepet er ikke et rettslig begrep, men en betegnelse som i større utstrekning benyttes for å forklare situasjoner der personer havner i en dårligere stilling i arbeidslivet som enfølger av graviditet.¹²

I likestillingslovens forarbeider benyttes begrepet graviditetsdiskriminering som en samlebetegnelse for direkte og indirekte forskjellsbehandling grunnet graviditet, fødsel og omsorg for små barn.¹³

⁹ Prop. 88 L (2012–2013) s. 16

¹⁰ Ot.prp. nr. 79 (2008–2009) pkt 8.3.4

¹¹ Storeng, Beck og Due Lund *Arbeidslivets spilleregler* s. 279

¹² Vigerust, Elisabeth. «Vern mot graviditetsdiskriminering i arbeidsforhold». I: *Diskriminerings- og likestillingsrett*. Hellum og Ketscher (red.). Oslo, 2008 s. 188.

¹³ Prop.126 L (2011-2012) s. 12

2.5 Graviditetsrelatert permisjon

Graviditetsrelatert permisjon kan forklares som permisjoner som er direkte knyttet til graviditet eller fødsel. Med graviditetsrelatert permisjon mener vi i vår oppgave permisjoner etter arbeidsmiljøloven § 12-2 til § 12-8. Dette omfatter:

- Svangerskapspermisjon i inntil 12 uker før termin dato jf. aml. § 12-2
- Omsorgspermisjon i to uker, for far i forbindelse med fødsel jf. aml. § 12-3
- Mors fødselspermisjon i seks uker etter fødsel jf. aml. § 12-4
- Foreldrepermisjon jf. aml. § 12-5
- Delvis permisjon etter §§ 12-2, 12-4 og 12-5 jf. aml. § 12-6
- Ammefri jf. aml. § 12-8.

2.6 Permisjon forbeholdt mor eller far (minsterrettigheter)

Permisjoner som er forbeholdt det ene kjønn har etter likestillingsloven et sterkere vern enn andre graviditetsrelaterte permisjoner. Forskjellsbehandling begrunnet i disse permisjonene innebærer direkte forskjellsbehandling og medfører brudd på lovens diskrimineringsforbud.¹⁴

Permisjonene det gjelder er *minsterettigheter forbeholdt mor eller far* og disse omfatter:

- Fri med lønn i forbindelse med svangerskapskontroll jf. aml. § 12-1,
- Svangerskapspermisjon i inntil 12 uker jf. aml. § 12-2,
- Fars omsorgspermisjon i to uker etter fødsel jf. aml. § 12-3,
- Mors fødselspermisjon i seks uker jf. aml. § 12-4
- Fars uttak av fedrekvoten jf. aml. § 12-5 og folketrygdloven § 14-12.

2.7 Videre fremstilling

I oppgaven vil vi se nærmere på hva som begrenser arbeidsgivers styringsrett sett opp mot diskrimineringslovgivningen som følger av likestillingsloven og EU-retten. På bakgrunn av at det er få rettsavgjørelser vedrørende diskriminering av gravide i de norske domstolene, vil saker som er avgjort i likestillings- og diskrimineringsnemden samt hos ombudet ilegges vekt ved tolkningen av lovgivningen. Vi vil starte med å beskrive rettskildesituasjonen i punkt 3. Her vil vi også avgjøre hvem som er vernet mot graviditetsdiskriminering. I punkt 4 drøftes et utvalg rettslige spørsmål som er relevant for å besvare vår problemstilling. I punkt 5 vil vi komme med en konklusjon med utgangspunkt i drøftingen.

¹⁴ Jf. Prop. 126 L (2011-2012) s. 12

3 RETTSKILDESITUASJONEN

I det følgende vil vi redegjøre for de rettslige faktorene som begrenser arbeidsgivers styringsrett ved endringer i et arbeidsforhold. Vi vil starte med å redegjøre for arbeidsgivers styringsrett på bakgrunn av at den er sentral for forståelse av de begrensende faktorene. Deretter vil vi ta utgangspunkt i rettsgrunnlaget som regulerer diskrimineringsvernet for å vise hvilke begrensninger dette setter for arbeidsgivers styringsrett.

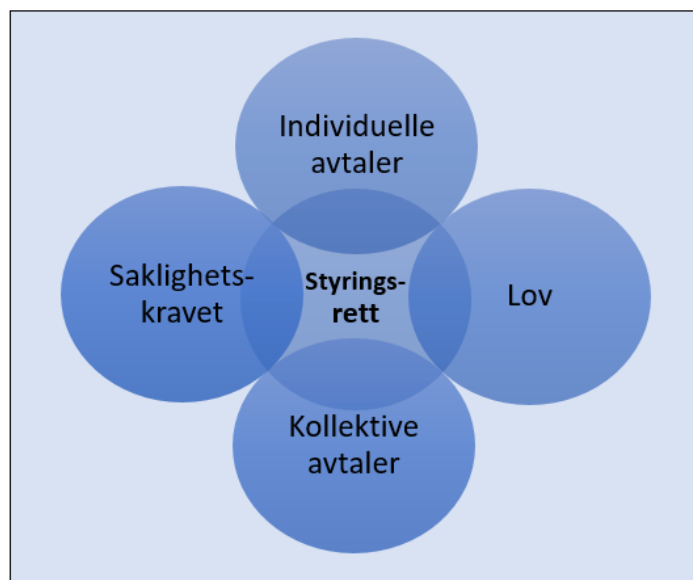
Det viktigste rettslige grunnlaget i oppgaven vil være lovgivning, ulovfestet rett, rettspraksis og forvaltningspraksis. Vi vil hovedsakelig benytte oss av likestillingsloven og arbeidsmiljøloven ved bruk av nasjonal lovtekst. Vi vil her se på sammenhengen mellom arbeidsmiljøloven og diskrimineringsvernet som følger av likestillingsloven. Vi vil samtidig berøre EU/EØS-lovgivning på bakgrunn av at Norge er underlagt lovgivningen som følger av EØS-avtalen samt på bakgrunn av at likestillingsloven skal fortolkes i samsvar med EU-retten.¹⁵

¹⁵ Jf. Prop.126 L (2011-2012) s 13

3.1 Styringsretten – ulovfestet rett

Arbeidsgivers styringsrett er en ulovfestet rettsnorm som har sitt utgangspunkt i rettspraksis og er hyppig omtalt i juridisk litteratur. Det eksisterer ikke en offisiell definisjon av begrepet, men høyesterett formulerte styringsretten i Rt-2000-1602 (Nøkk-dommen) som arbeidsgivers rett til å «organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet». I juridisk litteratur har styringsrett blitt forklart som «arbeidsgivers rett til å organisere, lede, og fordele arbeidet, og til å ansette å si opp arbeidstakere».¹⁶

Det er allikevel ikke fri adgang for en arbeidsgiver å styre virksomheten så fritt som formuleringene over tilsier. Det er flere faktorer som begrenser arbeidsgivers styringsrett, herunder lovgivning, tariffavtaler, den individuelle arbeidsavtalen og det alminnelige saklighetskravet. Styringsretten kan dermed forklares som den *restkompetansen* arbeidsgiver sitter igjen med etter å ha blitt begrenset av de overnevnte faktorene. Det er innenfor disse rammene arbeidsgiver står fritt til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet.¹⁷



Figur 1 Styringsrettens begrensninger

¹⁶ Andersen, Kristen *Fra arbeidslivets rett* 1967 s.149

¹⁷ Storeng, Beck og Due Lund *Arbeidslivets spilleregler* 2014 s. 46

3.2 Diskrimineringsvernet – styringsrettens begrensninger

3.2.1 Likestillingsloven

Lov 21.juni 2013 nr 59 om likestilling mellom kjønnene (Likestillingsloven) har som formål å fremme likestilling mellom kjønnene og tar særlig sikte på å fremme kvinners stilling jf. § 1. Loven gjør seg gjeldende på alle områder i samfunnet jf. § 3. Vernet mot graviditetsdiskriminering følger av likestillingsloven § 5, hvor det uttrykkes at graviditetsdiskriminering sidestilles med diskriminering på grunn av kjønn. Bestemmelsen kom inn i loven blant annet for å implementere praksis fra EF-domstolen på bakgrunn av at Norge er underlagt EU/EØS-lovgivning.¹⁸ Det følger av diskrimineringsforbudet jf. § 5 at en som planlegger å bli, er eller har vært gravid eller som utnytter seg av permisjonsrettighetene ikke skal havne i dårligere stilling på grunn av disse forholdene. Forbudet gjelder også personer som har tilknytning til en person som er, har vært eller planlegger å bli gravid jf. paragrafens første ledd, tredje punktum.

Bestemmelsen i § 5 skiller mellom direkte- og indirekte forskjellsbehandling. Direkte forskjellsbehandling er av lovens § 5 ulovlig, og bestemmelsen er preseptorisk jf. § 4, noe som innebærer at den ikke kan fravikes ved avtale. Indirekte forskjellsbehandling kan imidlertid være lovlig dersom behandlingen er i tråd med unntaksbestemmelsene i § 6 og 7. Loven stiller således opp lovfestede saklighetskrav. I lovens § 6 går det frem at indirekte forskjellsbehandling ikke er lovstridig dersom det «har et saklig formål, den er nødvendig for å oppnå formålet og det er et rimelig forhold mellom det man ønsker å oppnå og hvor inngripende forskjellsbehandlingen er for den eller de som stilles dårligere». I tillegg kan *positiv særbehandling* av det ene kjønn være lovlig dersom dette er for å fremme lovens formål og at særbehandlingen stopper når formålet er nådd, jf. § 7.

I lovens kapittel 4 finner *supplerende regler i arbeidsforhold*. Kapitlet ble innført som en presisering av at lovens virkeområde gjelder alle områder i samfunnet, inkludert arbeidslivet.¹⁹ I lovens § 17 fremgår det at forbudet mot diskriminering gjelder *alle sider* av arbeidsforholdet, og det følger av EU-domstolens praksis jf. C-342/93 (Gillespie-dommen) at et arbeidsforhold

¹⁸ Vigerust. *Vern mot graviditetsdiskriminering i arbeidsforhold*. i: Hellum og Ketscher (red.). *Diskriminerings- og likestillingsrett*. s. 189. Se også Ot.prp.nr.77 punk. 6.6.2

¹⁹ Prop. 88 L (2012-2013) s. 172 og Prop.126 L 2011-2012 s. 29

også består i permisjonsperioden. Lovens § 20 fastsetter arbeidstakeres rettigheter ved graviditetsrelaterte permisjoner. Lovbestemmelsen fastslår rettighetene en vernet arbeidstaker har i forhold til endring i lønns- og arbeidsvilkår.²⁰ Lovbestemmelsene i kapittel 4 utledes av diskrimineringsforbudet i lovens § 5 og fortolkes derfor i lys av denne.²¹

Lovens § 27 fastsetter reglene for *bevisbyrden* ved påståtte brudd på diskrimineringsforbudet. Av lovbestemmelsen går det frem at «det skal legges til grunn at diskriminering har funnet sted hvis det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har skjedd diskriminering og den ansvarlige ikke sannsynliggjør at diskriminering likevel ikke har funnet sted» jf. § 27 a og b. Likestillings- og diskrimineringsnemda har utviklet en praksis for såkalt *delt bevisbyrde* i saker om diskriminering.²² Dette innebærer at en påstand om diskriminering fra innklagerens side ikke vil være tilstrekkelig. Lovregelen deles i to trinn jf. Ot.prp nr. 77 (2000-2001).²³ For det første må personen som påstår at diskriminering har funnet sted etablere en presumpsjon for at forholdet stemmer, det vil si at forholdene må påvises. Dersom presumpsjonen etableres vil bevisbyrden gå over på den ansvarlige jf. § 27 b. Dersom den ansvarlige ikke kan sannsynliggjøre at diskriminering ikke har funnet sted vil forskjellbehandlingen anses som diskriminering etter bestemmelsene i § 5.

3.2.2 Arbeidsmiljøloven

Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern (Arbeidsmiljøloven), har som formål å sikre et godt arbeidsmiljø og trygge arbeidsforhold jf. § 1. Loven skal bidra til likebehandling i arbeidslivet og at arbeidet skal tilpasses arbeidstakeres forutsetninger og livssituasjon. I tillegg skal loven sikre et inkluderende arbeidsliv ved at arbeidstakere ikke blir utsatt for diskriminering jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005).²⁴

Lovens §§ 12-1 til 12-8 viser til arbeidstakeres rettigheter ved graviditetsrelaterte permisjoner. Jf. likestillingslovens § 5 skal en arbeidstaker ikke komme i en dårligere stilling ved utnyttelse av permisjonsrettighetene som følger av arbeidsmiljøloven.

²⁰ Jf. Prop. 88 L (2012-2013) s. 172

²¹ Jf. Prop. 126 L (2011-2012) s. 29

²² Se for eksempel LDN 2015-1

²³ Jf. Ot.prp nr 77 (2000-2001) s. 131

²⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 71

Ansattes oppsigelsesvern følger uttrykkelig av arbeidsmiljøloven §§ 15-7 og 15-9. Lovbestemmelsene slår fast at en ansatt ikke kan sies opp uten at det foreligger et saklig grunnlag. Lovens § 15-9 første ledd regulerer oppsigelser under graviditet og andre ledd regulerer oppsigelser i forbindelse med graviditetsrelatert permisjon. Jf. § 15-9 vil en oppsigelse under graviditet anses å være begrunnet i graviditetsrelaterte forhold om ikke annet kan sannsynliggjøres. Paragrafen er omfattet av likestillingslovens forbud jf. § 5.

3.2.3 Arbeidsmiljølovens bestemmelser om arbeidsavtaler

Arbeidsmiljøloven § 14-5 stiller krav om arbeidsavtale i alle arbeidsforhold. Dersom en skriftlig avtale allikevel ikke inngås går det frem av rettspraksis at en muntlig arbeidsavtale vil være gyldig. I Rt.2004-53 uttalte høyesterett at manglende skriftlighet ikke gjør en avtale ugyldig av den grunn. Av dommen gikk det frem at en muntlig avtale vil tolkes i arbeidsgivers disfavør dersom det oppstår tvil omkring innholdet. Dette innebærer at manglende skriftlig arbeidsavtale kan være med på å begrense styringsretten ytterligere. Loven oppstiller minstekrav til innhold i arbeidsavtaler, hvorav alle opplysninger som er av vesentlig betydning for arbeidsforholdet skal fremkomme, herunder lønns- og arbeidsvilkår jf. § 14-6. Dersom en arbeidstaker er knyttet til en kollektiv tariffavtale skal dette også fremkomme av den individuelle avtalen jf. § 14-6 m. Arbeidsgiver står imidlertid ikke fritt til å utforme arbeidsavtalen på en måte som gir arbeidsgiveren en vid styringsrett ut over de rammer som § 14-6 setter. Avtalen skal være i tråd med lovens formål, som etter § 1-1 b) er å sikre trygge ansettelsesforhold. Arbeidsgiveren kan heller ikke fravike loven gjennom å avtale dårligere betingelser enn loven gir jf. lovens preseptoriske bestemmelse i § 1-9. Arbeidsavtalen innskrenker dermed arbeidsgivers styringsrett og er derfor viktig ved spørsmål om diskriminering. Som en følge av høyesterettspraksis kan en arbeidsgiver utøve sin styringsrett innenfor rammene av arbeidsforholdet som er inngått jf. Rt-2000-1602 (Nøkk-dommen). Dette innebærer at både kollektive og individuelle avtaler vil være sentral ved tolkningen av hvilke endringer som kan utføres. I Rt-2000-1602 uttalte høyesterett at «ved tolkingen og utfyllingen av arbeidsavtalene må det blant annet legges vekt på stillingsbetegnelse, omstendighetene rundt ansettelsen, sedvaner i bransjen, praksis i det aktuelle arbeidsforhold og hva som finnes rimelig i lys av samfunnsutviklingen». Dette innebærer at det ikke bare er det som er fysisk nedfelt i avtalen som er avgjørende for hvilke endringer som kan gjøres i kraft av styringsretten. En må også se på tradisjoner innenfor den konkrete virksomheten eller bransjen den operer i. I tillegg til at utviklingen i samfunnet kan være av vesentlig betydning.

3.2.4 EU/EØS-lovgivning

Når en tolker likestillingslovens bestemmelser skal de tolkes i samsvar med EU-retten på bakgrunn av at Norge er underlagt EØS-avtalen. Det norske lovverket skal per dags dato være i samsvar med direktivene som følger av EØS-avtalen, men dersom lovene motstrider hverandre vil EU-lovgivningen ha forrang jf. EØS loven § 2.²⁵ Forbudet mot graviditetsdiskriminering følger av likebehandlingsdirektivet, svangerskapsdirektivet, foreldrepermisjonsdirektivet, og FNs kvinnekonvensjon. Direktivene er en del av EØS-avtalen og kvinnekonvensjonen er gjort til lov gjennom menneskerettighetsloven § 2 og er dermed relevant ved fortolkningen av likestillingsloven.

Vernet mot graviditetsdiskriminering er en følger av EU direktiv 76/207/EØF. I 2006 ble direktivet revidert og avløst av rådsdirektiv 2006/54/EF (likebehandlingsdirektivet) som er en sammenslåing av flere direktiver om likestilling. Samlingen av kjønnsdiskrimineringsdirektivene er en kodifisering av rettsutviklingen på området.²⁶ Likebehandlingsdirektivets formål er å sikre like muligheter og likebehandling mellom menn og kvinner i arbeidslivet.²⁷ Etter EU-domstolens praksis vil negativ forskjellsbehandling begrunnet i fødselspermisjon være direkte forskjellsbehandling og har dermed ingen unntaksbestemmelser.²⁸ Direktivet gir arbeidstaker som har vært i svangerskapspermisjon rett til å vende tilbake til samme eller tilsvarende stilling etter permisjonen jf. artikkel 15. Arbeidsvilkårene skal ikke være mindre gunstige dersom tilsvarende stilling gis, og arbeidstakeren har rett til å nyte godt av eventuelle forbedringer av arbeidsvilkår som ellers ville ha forekommet.

Rådsdirektiv 92/85/EØF (svangerskapsdirektivet) har som formål å sikre arbeidsforholdene til gravide arbeidstakere og arbeidstakere som nettopp har født eller ammer jf. artikkel 1. Direktivet gir arbeidstakere rett til minimum 14 uker betalt permisjon i sammenheng med fødsel jf. artikkel 8. Direktivet er imidlertid et minimumsdirektiv, noe som innebærer at medlemsstatene kan gi arbeidstakere sterkere vern enn minimumsbestemmelsene som følger av direktivet. Etter artikkel 11 nr. 1 til 3 har arbeidstakere i fødselspermisjon rett til å beholde

²⁵ EØS-lovgivning skal gå foran annet regelverk ved motstrid. Bestemmelsen gjelder kun direktiver som er en del av EØS-avtalen

²⁶ Ot.prp.nr. 79 (2008-2009) s. 24

²⁷ Jf. 2006/54/EF (likebehandlingsdirektivet) Artikkel 1

²⁸ Jf. likebehandlingsdirektivet (23)

rettigheter som følger av arbeidsavtalen, noe som innebærer at lønn eller en tilsvarende ytelse skal beholdes under permisjon.

Rådsdirektiv 2010/18/EU (Foreldrepermisjonsdirektivet) er en avtale om gjennomføring av *rammeavtalen for foreldrepermisjon*.²⁹ Rammeavtalen verner arbeidstakere mot negativ forskjellsbehandling på grunn av uttak eller søknad om foreldrepermisjon jf. § 5 nr. 4. Dette omfatter vern mot oppsigelse, rett å få samme eller tilsvarende stilling etter permisjon, rett til forfremmelse og lønnsøkning samt rett til å få meningsfulle og kompetansefremmende arbeidsoppgaver.³⁰

FNs kvinnekonvensjon (CEDAW) om å *avskaffe alle former for diskriminering mot kvinner* verner også arbeidstakere mot graviditetsdiskriminering. Kvinnekonvensjonen er gjort til lov etter menneskerettighetsloven § 2, og har på lik linje med de overnevnte direktivene, forrang over norske lover dersom disse motstrider hverandre.³¹ I artikkel 11. nr. 2 stilles det forbud mot oppsigelse begrunnet i graviditet og svangerskapspermisjon samt krav til permisjon med lønn eller tilsvarende sosiale ytelser under graviditeten.

3.2.5 Det ulovfestede saklighetskravet

Dersom verken lov eller kollektive- og individuelle avtaler ikke gir noen begrensning i utøvelse av styringsretten kan det *ulovfestede saklighetskravet* også kalt det *alminnelige saklighetskravet* sette begrensninger. I Rt. 2001-418 (Kåstø-Dommen) uttalte høyesterett at «Utøvelse av arbeidsgivers styringsrett stiller visse krav til saksbehandlingen, det må foreligge et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen, som ikke må være vilkårlig, eller basert på utenforliggende hensyn.» Dette innebærer at styringsretten kan utøves dersom saksbehandlingen har vært forsvarlig og at bakgrunnen for endringen ikke er vilkårlig men hviler på et saklig grunnlag. Hva som vil være et saklig grunnlag må avgjøres i hvert enkelt tilfelle, og det er i tilfeller hvor arbeidstakeren motsier seg endringer at saklighetskravet får en betydning.

²⁹ Rammeavtalen i sin helhet <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=2999&langId=en>

³⁰ Jf. Regjeringens gjennomføringsnotat <https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2009/okt/foreldrepermisjon---nytt-direktiv/id2431913/>

³¹ Jf. Menneskerettighetsloven § 3

3.3 Hvem er vernet mot graviditetsdiskriminering i arbeidsforhold?

Likestillingsloven og EU-retten verner arbeidstakere som er gravide, som nylig har født eller ammer og arbeidstakere i graviditetsrelatert permisjon mot graviditetsdiskriminering. Arbeidsmiljøloven beskytter vernede arbeidstakere mot usaklig oppsigelse og mot endringer som kan sidestilles med en oppsigelse.³² Arbeidsmiljøloven gir også rettigheter til permisjon i forbindelse med graviditet og fødsel.

En gravid arbeidstaker er etter rådsdirektiv 92/85/EØF (svangerskapsdirektivet) artikkel 2 å forstå som en arbeidstaker som er gravid og som har opplyst sin arbeidsgiver om sin tilstand i samsvar med nasjonal lovgivning eller praksis. Etter arbeidsmiljøloven § 15-9 stilles det derimot ikke krav til at arbeidstaker skal ha opplyst om graviditeten for at arbeidstakeren skal være vernet av lovbestemmelsen. Imidlertid kan en arbeidsgiver kreve dokumentasjon på graviditeten etter at en arbeidstaker har påberopt seg vernet. Dette innebærer at en gravid arbeidstaker er vernet mot graviditetsdiskriminering uavhengig av om arbeidsgiveren er opplyst om graviditeten.

Av likestillingsloven § 5 går det frem at graviditet og permisjon ved fødsel eller adopsjon er underlagt forbudet mot diskriminering. Dette gjelder en persons faktiske, antatte, tidligere eller fremtidige graviditet eller graviditetsrelaterte permisjon.³³ Forbudet mot diskriminering gjelder også personer som har tilknytning til en person som er, har vært eller planlegger å bli gravid.³⁴

Likestillingsloven §§ 2 og 3 viser at loven gjelder på alle områder i samfunnet og at dette gjelder hele landet samt på «faste og flyttbare installasjoner i virksomheter på norsk kontinentalsokkel». Dette innebærer at virksomheter som er registrert i Norge, som for eksempel flyselskap og norske skip, er underlagt likestillingslovgivning selv om de ikke fysisk befinner seg i Norge.

³² Jf. Prop. 126 L (2011-2012) s. 15 og Aml § 15-7 og § 15-9

³³ Jf. likestillingsloven § 5 første ledd andre punktum

³⁴ Jf. Likestillingsloven § 5 første ledd tredje punktum.

Likestillingsloven § 20 og rådsdirektiv 2010/18/EU (foreldrepermisjonsdirektivet) beskytter arbeidstakere som utnytter permisjonsrettighetene. Både menn og kvinner er dermed beskyttet mot forskjellsbehandling begrunnet i permisjonen. Arbeidstakere skal ha rett til å vende tilbake til samme eller tilsvarende stilling etter tilbakekomst. Imidlertid vil det ikke alltid være mulig å gi samme eller tilsvarende stilling. Dette spesielt ved lengere permisjoner. I noen tilfeller medfører dette vesentlige endringer i stillingen som må sidestilles med en oppsigelse, eller endringsoppsigelse.

Arbeidsmiljølovens oppsigelsesvern i § 15-9 verner arbeidstakere som er, har vært, planlegger å bli, eller har tilknytning til en som er, har vært eller planlegger å bli gravid mot oppsigelse. Lovbestemmelsen slår fast at en arbeidsgiver ikke kan bruke graviditeten som grunnlag for oppsigelse. En person som er vernet av paragrafen anses å bli sagt opp på dette grunnlag dersom det ikke kan sannsynliggjøres at annet er bakgrunnen for oppsigelsen. Dette innebærer at en person som er eller nylig har vært gravid har et sterkere vern mot oppsigelse. Det samme gjelder personer som har tilknytning til en som er gravid, for eksempel far.

For å være vernet mot graviditetsdiskriminering i arbeidsforhold må det først og fremst være snakk om et forhold mellom en arbeidstaker og en arbeidsgiver. Dette skjer når arbeidstaker og arbeidsgiver har inngått en arbeidsavtale. Vernet mot graviditetsdiskriminering gjelder imidlertid også utenfor arbeidsforhold. For å være vernet må arbeidstakeren planlegge å bli, være eller ha vært gravid, eventuelt søke om, være eller ha vært i graviditetsrelatert permisjon. I tillegg må personen arbeide i en virksomhet som enten befinner seg på norsk jord, har installasjoner på norsk kontinentalsokkel eller har sin hovedbase i Norge. Vernet omfatter dermed både kvinner og menn ettersom menn også tar del av permisjonsrettighetene ved fødsel. Imidlertid vil kvinner være mest utsatt for forskjellsbehandling knyttet til graviditetsrelaterte permisjoner ettersom kvinner tar ut største dele av permisjonene.

4 ENDRING I ARBEIDSFORHOLD I FORBINDELSE MED PERMISJON

I denne delen av oppgaven vil vi gjøre rede for hvilke endringer en arbeidsgiver kan gjøre i et arbeidsforhold, i forbindelse med graviditetsrelatert permisjon, hvor en arbeidstaker er vernet mot graviditetsdiskriminering. Vi ønsker å undersøke hvor grensen går før endringer i arbeidsvilkår medfører diskriminering. Med arbeidsvilkår mener vi arbeidstid, arbeidssted, arbeidsoppgaver, stillingstittel, nivå i organisasjonen samt lønnsvilkår. Vi vil berøre temaene endring av stilling, endringer i lønnsvilkår samt arbeidstakers rett til å fremme lønnskrav og å delta i lønnsforhandlinger. Vi vil ta for oss et utvalg rettslige problemstillinger for å avgjøre på hvilket handlingsrom arbeidsgiver har ved gjennomføring av endringer, for å svare på hvordan diskrimineringsvernet påvirker styringsretten. I denne oppgaven er det selve arbeidsforholdet som skal drøftes. Vi vil derfor ikke ta tak i problemstillinger hvor arbeidsforholdet ikke er formalisert av en arbeidsavtale.

Når arbeidstakere utnytter sine permisjonsrettigheter knyttet til graviditet kan dette medføre at arbeidsgiveren må endre på organisasjonsstrukturen for å opprettholde kontinuiteten i virksomheten. Her kan det dukke opp spørsmål om arbeidstakere som har vært i permisjon uavhengig har rett på stillingen sin tilbake etter tilbakekomst. Et annet spørsmål er om arbeidstakere som avviker permisjon har rett til lønnsøkninger eller delta i lønnsforhandlinger når de allikevel er fraværende fra arbeidet.

I likestillingsloven § 17 fremgår det at forbudet mot diskriminering gjelder *alle sider* av arbeidsforholdet. Arbeidsforholdet består i permisjonstiden jf. EU-domstolens praksis.³⁵ Dette innebærer at personer som utnytter seg av permisjonsrettighetene i forbindelse med graviditet også er vernet mot graviditetsdiskriminering i arbeidsforhold.

Lovens § 20 fastsetter arbeidstakers rettigheter ved foreldrepermisjon. Lovbestemmelsen skal fastslå rettighetene en vernet arbeidstaker har i forhold til endring i lønns- og arbeidsvilkår.³⁶ Disse rettighetene gjelder for arbeidstakere som har vært i foreldrepermisjon etter arbeidsmiljøloven § 12-5, og bestemmelsen gjelder også der arbeidstaker har vært i andre

³⁵ Jf. C-342/93 (Gillespie-dommen) og Prop. 126 L (2011-2012) s. 20

³⁶ Jf. Prop. 88 L (2012-2013) s. 172

permisjoner knyttet til graviditet og fødsel jf. arbeidsmiljøloven § 12-2 til § 12-8.³⁷ Dette innebærer at personer som er eller har vært i *graviditetsrelatert permisjon* er omfattet av § 20. Jf. Prop. 126 L 2011-2012 skal enhver beslutning som kan få betydning for et arbeidsforhold fortolkes i lys av bestemmelsen i § 5.³⁸ Bestemmelsen setter imidlertid ikke begrensninger for arbeidsgivers styringsrett når det gjelder endringer i lønns- og arbeidsvilkår for personer som ikke er eller har vært i en slik permisjon jf. § 20 andre ledd.

I det følgende vil vi ta for oss utvalgte problemstillinger knyttet opp mot situasjoner hvor arbeidstakere utnytter eller har utnyttet seg av graviditetsrelatert permisjon. Vi vil hovedsakelig drøfte problemstillinger knyttet til likestillingslovens § 20 a-c.

4.1 Endring av stilling

I dette punktet skal vi se på hvilket handlingsrom en arbeidsgiver har ved omorganisering av arbeidstakere etter tilbakekomst fra permisjon. Vi ønsker å svare på spørsmålet om arbeidsgiver kan gjøre endringer i en arbeidstakers stilling, herunder arbeidsoppgaver, stillingskategori og arbeidssted etc. i sammenheng med en permisjon.

Styringsretten gir arbeidsgiver i utgangspunktet myndighet til å omorganisere arbeidstakere ved for eksempel å endre arbeidstakers arbeidstid, arbeidssted og arbeidsoppgaver jf. Rt-2000-1602, Rt-2001-418 og Rt-2011-841. Imidlertid begrenses styringsretten av lovgivning, arbeidsavtaler og det ulovfestede saklighetskravet.³⁹

Bestemmelsen i likestillingsloven § 20 a fastsetter arbeidstakers rett til å vende tilbake til *samme* eventuelt *tilsvarende* stilling etter endt graviditetsrelatert permisjon. Diskrimineringsforbudet som følger av likestillingsloven begrenser allikevel bare arbeidsgivers myndighet til å utføre endringer som har sammenheng med svangerskapsrelatert permisjon jf. lovens § 20 andre ledd.

³⁷ jf. likestillingsloven § 20 første og tredje ledd

³⁸ Prop.126 L 2011-2012 pkt. 4 og 8.1

³⁹ Storeng, Beck og Due Lund *Arbeidslivets spilleregler* s. 426

Jf. Prop. 126 L (2011-2012) fremgår det at arbeidstakeren i *utgangspunktet* har krav på samme stilling etter permisjonens slutt, men at visse endringer kan gjennomføres dersom disse er saklig begrunnet og ikke *uforholdsmessig inngripende* overfor arbeidstaker. *Samme stilling* innebærer at blant annet at arbeidsoppgavene, tittelen, lønnen og kontorplassen er den samme som før permisjonen. I tilfeller hvor samme stilling ikke er mulig, på grunn av for eksempel kontinuitet i kundebehandling eller prosjektarbeid, kan arbeidstaker bli satt i en tilsvarende stilling. Med en *tilsvarende stilling* menes det at arbeidsvilkårene, herunder arbeidsoppgaver, lønn, stillingstittel og nivå i organisasjonen skal være av samme verdi som før permisjonen. I hvilken grad en arbeidsgiver kan utføre endringer, avhenger også av lengden på permisjonen. En kort permisjon tillater mindre endringer enn en lang permisjon, og jo større endringer desto tyngre grunner skal arbeidsgiveren ha for endringene.⁴⁰

Det vil det være naturlig at en virksomhet endrer seg med tiden for å holde takt med samfunnsutviklingen. Organisasjoner endrer på sin struktur for å tilpasse seg i markedet de opererer i og arbeidstakere må dermed forvente at enkelte endringer vil forekomme. Et spørsmål er dermed om en arbeidstaker som har vært i graviditetsrelatert permisjon allikevel har et absolutt vern mot endringer som følger av nødvendig omorganisering etter likestillingsloven § 20 a, jf. § 5.

Det finnes ingen nyere rettspraksis eller forvaltningspraksis, sett i lys av den nye likestillingsloven⁴¹, som tar for seg problemstillinger om omorganisering som følger av graviditetsrelatert permisjon. Men i RG-1996-463 behandlet lagmannsretten en sak om hvorvidt det lå innenfor styringsretten å omplassere en ansatt etter tilbakekomst fra to sammenhengende graviditetsrelaterte permisjoner. Virksomheten hadde hatt lang tradisjon med omstruktureringer internt noe som retten la vekt på i sin vurdering. Retten kom frem til at omplasseringen ikke hadde sammenheng med permisjonene og de fant at «det klart må ligge innenfor styringsretten å omforme selskapsstrukturen i konsernet». På samme måte som høyesterett uttalte i Rt.2000-1602 (Nøkk-dommen), valgte lagmannsretten her å legge vekt på «praksis i det aktuelle arbeidsforhold». Arbeidsgiver handlet dermed ikke i strid med loven ved å omplassere den ansatte, selv om hun hadde vært i graviditetsrelatert permisjon.

⁴⁰ Jf. Prop.126 L (2011-2012) s.28-29

⁴¹ Lov av 21.juni 2013 nr 59

I sak LDO-2008-1324 som ble klaget inn til likestillings- og diskrimineringsombudet var ombudets tolkning av lovverket var tilnærmet likt som i RG-1996-463. En ansatt mente å ha blitt forskjellsbehandlet da hun etter tilbakekomst fra foreldrepermisjon hadde fått endrede arbeidsoppgaver. Arbeidstakeren hadde innen permisjonen overtatt deler av økonomisjefens arbeidsoppgaver i forbindelse med at økonomisjefen hadde blitt forfremmet til administrerende direktør. Under permisjonen hadde imidlertid arbeidsoppgavene blitt tilbakeført økonomisjefsstillingen grunnet økt arbeidspress som hadde ført til ansettelse av ny økonomisjef. Arbeidsgiveren kunne dermed sannsynliggjøre at endringene var begrunnet i nødvendig intern omstrukturering. Ombudet kom frem til at den ansatte ikke hadde blitt indirekte forskjellsbehandlet på grunn av permisjonen men at endringene var saklig begrunnet i nødvendige omstruktureringer i virksomheten.

På samme måte som i de overnevnte sakene kom nemda i sak LDN-2006-7 også frem til at omorganisering kan berøre permisjonstakere på lik linje med andre arbeidstakere. Nemda uttalte at «i utgangspunktet ligger det innenfor arbeidsgivers styringsrett å omorganisere arbeidsplassen og å omplassere arbeidstakerne, innenfor de rammer som selve arbeidsavtalen setter. Omorganiseringene kan berøre både arbeidstakere i aktiv tjeneste og arbeidstakere i permisjon».

Arbeidstakere som avvikler permisjon er dermed ikke et absolutt vern mot endringer etter likestillingsloven § 20 a. Styringsretten kan gi arbeidsgiver anledning til å gjennomføre endringer dersom dette er saklig begrunnet, selv om dette er i forbindelse med permisjonen.⁴² Et annet spørsmål er dermed om en arbeidsgiver kan gjøre endringer *på grunn av* permisjonen.

I sak LDN-2006-22 fra likestillings- og diskrimineringsnemda hadde en ansatt fått tildelt nye arbeidsoppgaver etter tilbakekomst fra permisjon men samtidig hadde hun beholdt sin opprinnelige lønn. Arbeidsgiveren begrunnet endringene i at økt omsetning medførte behov for omstrukturering. Etter nemdas vurderinger satte endringene kvinnen i en dårligere stilling enn før permisjonen, selv om lønnsvilkårene var de samme. Vikaren hadde overtatt hennes tidligere arbeidsoppgaver på fast basis og oppgavene var således ikke fjernet fra virksomheten men overført til en annen person. På bakgrunn av dette kom nemda til at arbeidstakeren etablerte en

⁴² Jf. RG-1996-463, LDO-2008-1324 og LDN-2006-7

presumpsjon om at forskjellsbehandling hadde funnet sted og arbeidsgiveren fikk dermed bevisbyrden og måtte sannsynliggjøre at omorganiseringen ikke skyldtes permisjonen. Arbeidsgiveren på sin side, hevdet at kvinnen hadde fått arbeidsoppgavene før permisjonen som en midlertidig løsning. Imidlertid hadde hun hatt oppgavene i omkring 1,5 år, og nemda fant på bakgrunn av varigheten, at oppgavene skulle anses som permanente. Dette innebar at kvinnen i utgangspunktet hadde krav på oppgavene tilbake etter permisjon med mindre endringene saklig kunne begrunnes. Imidlertid kunne ikke arbeidsgiver sannsynliggjøre nødvendigheten bak endringene ved å fremlegge dokumentasjon på at det var nødvendig med omorganisering. Nemda fant i denne saken at arbeidsgiveren hadde handlet i strid med loven da det var sannsynlig at oppgavene var endret på grunn av permisjonen. Dette på bakgrunn av at arbeidsoppgavene sannsynligvis ikke hadde blitt endret dersom arbeidstakeren ikke hadde permisjon.

I en lignende sak fra likestillings- og diskrimineringsombudet (LDO-2015-541) kom ombudet frem til at arbeidsgiveren hadde handlet i strid med likestillingsloven § 20 ved å ikke gi arbeidstakeren en tilsvarende stilling etter endt permisjon. Arbeidstakeren hadde mistet sine administrative oppgaver i tillegg til at kontorplassen var blitt endret. I likhet med sak LDN-2006-22 overtok vikaren arbeidstakerens oppgaver. Arbeidsgiveren kunne ikke sannsynliggjøre at endringen ikke skyldtes permisjonen ettersom arbeidsoppgavene ble overført til en annen arbeidstaker. Ombudet fant det også sannsynlig at arbeidsoppgavene ikke ville blitt endret om arbeidstakeren ikke hadde vært i permisjon. Dermed konkluderte ombudet med at arbeidsgiver hadde handlet i strid med loven.

Sett i lys av sak LDN-2006-22 og LDO-2015-541 kan ikke arbeidsgiver gjøre endringer i stilling i kraft av styringsretten dersom det ikke kan sannsynliggjøres at det er saklig begrunnet i annet enn permisjonen. En endring av stilling *på grunn av* permisjonen er etter retts- og forvaltningspraksis i strid med likestillingslovens bestemmelser.

Oppsummerende om endring av stilling

En arbeidstaker som vender tilbake fra graviditetsrelatert permisjon har i utgangspunktet rett på samme stilling som før permisjonen jf. likestillingsloven § 20 a. Allikevel gir styringsretten arbeidsgiver anledning til å gjennomføre endringer ved å for eksempel omplassere eller

omorganisere arbeidstakere dersom dette er saklig begrunnet i virksomheten og ikke i permisjonen.⁴³

Dersom en virksomhet har lang praksis med hyppige omorganiseringer, kan dette blant annet tale for at endringene er lovlige.⁴⁴ I tillegg må det forstås av forarbeidene at kontinuitet i kundebehandling eller prosjektarbeid også vil veie for at endringer vil anses som saklig begrunnet.⁴⁵ En arbeidstaker som er eller har vært i graviditetsrelatert permisjon etter arbeidsmiljøloven §§ 12-2 til 12-8 har dermed ikke et absolutt vern mot endringer etter likestillingsloven § 20 a.

Omorganisering som ville ha funnet sted uavhengig av den ansattes permisjon vil havne innenfor styringsrettens rammer og anses dermed ikke som brudd på diskrimineringslovgivningen. Imidlertid har den ansatte krav på en tilsvarende stilling dersom det ikke er muligheter å få tilbake den samme stillingen tilbake. Utgangspunktet er at arbeidstakeren ikke skal stilles dårligere enn hun ellers ville ha vært som følge av graviditeten. Dersom det kan sannsynliggjøres at endringene er nødvendige og ikke har sammenheng med permisjonen åpner loven for at endringene kan være lovlige.

På den andre siden må omorganiseringen være saklig begrunnet for å ikke anses brudd på lovgivningen. Å overføre arbeidsoppgaver til en ny arbeidstaker kan være med på å veie for at diskriminering har funnet sted. I slike tilfeller må arbeidsgiver kunne sannsynliggjøre at endringene er nødvendige for at de skal finnes saklig. Dersom det kun er personen som har vært i graviditetsrelatert permisjon som er berørt av omorganiseringen, vil dette også veie for at diskriminering har funnet sted. Det er dermed arbeidsgiveren som må godtgjøre at endringene uansett ville ha skjedd dersom arbeidstakeren ikke hadde vært i permisjon. Arbeidsavtalen setter også grenser for arbeidsgivers adgang til å gjøre endringer. Dersom en arbeidstaker har hatt en arbeidsoppgave i lang tid anses den som permanent og en del av arbeidsavtalen.⁴⁶ Arbeidsgiver har i slike tilfeller begrenset adgang til å utføre endringer.

⁴³ Jf. RG-1996-463 og LDO-2008-1324 og LDN-2006-7

⁴⁴ Jf. RG-1996-463

⁴⁵ Jf. Prop.126 L (2011-2012) s.28-29

⁴⁶ Se LDN-2006-22 hvor samme oppgaver i 1,5 år ble ansett som permanent

4.2 Endring i Lønnsvilkår

I dette punktet skal vi se på hvilke muligheter arbeidsgiver har til å gjennomføre endringer i lønnsvilkårene til en arbeidstaker som utnytter seg av graviditetsrelaterte permisjonsrettigheter. Spørsmålet vi ønsker å svare på er om arbeidsgiver kan gjøre negative endringer i lønnsvilkårene til arbeidstakere i forbindelse med permisjon.

Forbudet mot graviditetsdiskriminering gjelder alle sider av et arbeidsforhold, noe som innebærer at forbudet også gjelder lønnsvilkår jf. likestillingsloven § 17 d. Etter lovens § 20 b skal arbeidstakere som har vært i graviditetsrelaterte permisjoner «nyte godt av forbedringer av arbeidsvilkårene som arbeidstakeren ellers ville vært berettiget til under fraværet». Adgangen til å gjøre endringer i lønn skal fortolkes opp mot forbudet mot direkte og indirekte forskjellsbehandling etter lovens § 5. Av Prop. 126 L (2011-2012) går det frem at en arbeidstaker som er vernet av paragrafen skal nyte godt av *alminnelige fordeler* som følger av stillingen og som personen ville nytt godt av utenfor en permisjon. Alminnelige fordeler beskrives videre som lønn og gratialer som er uavhengig av innsats og som alle ansatte hadde fått om de ikke var i permisjon.⁴⁷

Jf. rådsdirektiv 92/85/EØF (svangerskapsdirektivet) artikkel 11 nr. 1 skal en arbeidstaker i fødselspermisjon beholde de rettigheter som følger av arbeidsavtalen. Dette innebærer at lønn opprettholdes under permisjonen, eventuelt skal det gis en passende ytelse jf. Artikkel 11 nr 2. Med passende ytelse menes en inntekt som er minst like stor som ytelser som følger av sykefravær jf. artikkel 11 nr. 3.

Arbeidsgiver kan i utgangspunktet ikke endre en arbeidsgivers lønnsvilkår i kraft av styringsretten. Dette følger av at lønnsvilkår skal fremgå av arbeidsavtalen Jf. arbeidsmiljøloven § 14-6, og styringsretten begrenses videre av avtalen. Lønn er imidlertid et komplekst begrep og etter likestillingsloven § 21 fjerde ledd beskrives lønn som «det alminnelige arbeidsvederlag samt alle andre tillegg eller fordeler eller andre goder som ytes av arbeidsgiveren». Lønn kan dermed deles opp i alminnelige fordeler og individuelle fordeler.

⁴⁷ Jf. Prop. 126 L (2011-2012) s. 30

Ved avvikling av graviditetsrelaterte permisjoner har arbeidsgiveren i utgangspunktet ikke lønnsplikt, med mindre dette fremgår av kollektive eller individuelle avtaler. Folketrygden regulerer utbetalinger hvor avtaler ikke er inngått. Dersom lønnsplikten fremgår av avtale, vil arbeidsgiveren få dette refundert fra folketrygden.⁴⁸ Det følger av folketrygdloven at den som tar ut foreldrepermisjonen har rett til foreldrepenger inntil seks ganger grunnbeløpet (6G) i folketrygden.⁴⁹ Dersom foreldrepengene ikke dekker arbeidstakerens alminnelige lønn kan det i noen tilfeller være nedfelt i arbeidsavtalen at arbeidsgiver skal betale differansen mellom foreldrepengene og lønnen. Folketrygden refunderer imidlertid maksimalt 6G.

Vi vil i det følgende hovedsakelig drøfte problemstillinger knyttet opp mot arbeidstakere som mottar lønn under permisjon som en følge av avtale. Vi vil også dele opp drøftingen i alminnelige fordeler og individuelle fordeler.

4.2.1 Alminnelige fordeler

Ved avvikling av graviditetsrelatert permisjon skal arbeidstakeren nyte godt av de alminnelige fordelene som følger av stillingen. De alminnelige fordelene er i utgangspunktet ikke avhengig av arbeidstakerens innsats, men en fordel som alle arbeidstakerne får.⁵⁰ Dette innebærer at en arbeidstaker i permisjon i realiteten er å anse som en person i arbeid. Vi vil videre se på hvilke begrensninger arbeidsgiver har i å endre arbeidstakeres alminnelige fordeler i forbindelse med permisjon.

Etter EU-retten vil det sette begrensninger for arbeidstakeren dersom det gjelder en mer eller mindre frivillig permisjon ut over minsterettighetene som er forbeholdt mor eller far. Etter EUDomstolens praksis skiller en mellom permisjoner som har formål å beskytte de som er gravide, nettopp har født eller ammer og lengre frivillige permisjoner som har andre formål, som for eksempel barnets behov for foreldrenes omsorg eller behov for å hånd om barnet selv.⁵¹ Å forskjellsbehandle med grunnlag i førstnevnte formål, vil dermed anses som direkte forskjellsbehandling. Dette betyr at unntaksbestemmelsene i likestillingsloven §§ 6 og 7 ikke kan utnyttes og det er et absolutt forbud mot forskjellsbehandling. Å forskjellsbehandle med

⁴⁸ Unntak: Fars omsorgspermisjon refunderes ikke. Ammefri er lønnspliktig men refunderes ikke. jf. Altinn

⁴⁹ Jf. Folketrygdloven § 14-7 første ledd, tredje punktum. (46290kr/mnd. per 1.mai 2016 jf. NAV)

⁵⁰ Jf. Prop. 126 L (2011-2012) s. 30

⁵¹ Jf. C-284/02

grunnlag i sistnevnte formål kan imidlertid anses som indirekte forskjellsbehandling. Dette innebærer at unntaksbestemmelsene kan benyttes og at vernet er noe svekket.⁵² Et spørsmål er dermed om en arbeidstaker kan vektlegge permisjoner som går ut over minsterettighetene forbeholdt mor eller far.

I sak C-284/02 (Sass-saken) slo EU-domstolen fast at dersom en tariffavtale angir at lønnsøkninger skal regnes på bakgrunn av ansettelsestid, vil det stride imot likebehandlingsdirektivet dersom svangerskaps- og fødselspermisjonen ikke medregnes. Dette på bakgrunn av at disse permisjonene etter EU-retten regnes som minsterettigheter. Domstolen viste også til at dette gjelder utover svangerskapsdirektivets minimumskrav om fødsels- og svangerskaps permisjon på 14 uker. Dette innebærer at det er arbeidsavtalens eller de nasjonale minimumskravene som angir om en permisjon skal betegnes som en svangerskaps- og fødselspermisjon etter svangerskapsdirektivets forstand.⁵³ Å unnlate å regne med permisjonstiden i slike tilfeller vil ifølge EU-domstolens praksis regnes som direkte diskriminering. Dersom det er snakk om en forlenget permisjon, ut over avtalte eller nasjonale minsterettigheter, kan det også kreves at tidsperioden skal medregnes. Dette gjelder dersom formålet med permisjonen er å beskytte kvinnens fysiske tilstand eller det særlige forholdet til barnet. Imidlertid vil det etter EU-domstolens praksis beregnes som indirekte forskjellsbehandling. Å unnlate å gi lønnsøkning til en arbeidstaker i forlenget permisjon kan dermed innebære ulovlig forskjellsbehandling med mindre kravene i likestillingsloven §§ 6 og 7 er oppfylt.

Norske rettigheter gir arbeidstakere et sterkere vern enn det som kreves av EU-retten. EU/EØS-lovgivning viser kun til minsterettigheter. Dersom nasjonale bestemmelser gir sterkere rettigheter for arbeidstakeren er det de som skal legges til grunn ved en eventuell konflikt.⁵⁴

Sentrale dommer angående styringsretten innenfor nasjonal praksis viser at arbeidsavtalen spiller en vesentlig rolle for om arbeidsgiver kan gjennomføre endringer, på samme måte som tariffavtalen satte begrensninger i Sass-saken.⁵⁵ Dersom det ikke er noen lov- eller tariffregulerte begrensninger, må en se på hva som følger av den individuelle arbeidsavtalen.⁵⁶

⁵² jf. Prop. 126 L (2011-2012) s. 16 og C-284/02

⁵³ jf. Prop. 126 L (2011-2012) s 16

⁵⁴ *ibid*

⁵⁵ Rt-2000-1602(Nøkk-dommen), Rt-2001-418(Kårstø-dommen) og Rt-2008-856 (theatercafe-dommen)

⁵⁶ Jf. Rt-2008-856 Theatercafe-dommen

Det er et krav om at alle arbeidsforhold skal ha en skriftlig arbeidsavtale. Avtalen skal inneholde en rekke opplysninger som er vesentlig betydning for arbeidsforholdet, herunder lønnsbetingelser. Avtalt lønn og andre tillegg og godtgjørelser som ikke inngår i lønnen skal også komme frem av avtalen Jf. arbeidsmiljøloven § 14-5 og § 14-6. Dersom det ikke fremgår at arbeidstakeren skal opparbeide lønnsansiennitet på bakgrunn av ansettelsestid, kan det falle innenfor styringsretten å ikke gi lønnsøkning. På en annen side kan det være forskjellsbehandling dersom alle andre får en lønnsforhøyelse, selv om dette ikke fremgår av avtalen til den som er i permisjon.⁵⁷

I nemdas sak LDN-2006-22⁵⁸ ble det påpekt at ansatte som er i graviditetsrelatert permisjon ut over minsterettighetene har rett til de samme generelle lønnstillegg som alle andre ansatte får. Dette gjelder uavhengig om det går frem av den individuelle avtalen. I denne saken hadde arbeidstakeren verken mottatt de generelle- eller individuelle lønnstilleggene mens hun avviklet permisjon. Nemda fant at dette stred imot lovens bestemmelser om likelønn og at alle alminnelige tillegg skal utbetales, også i permisjonstiden. På en annen side fikk ikke vedtaket innvirkning på de individuelle tilleggene.

Et annet spørsmål er om tilleggssytelser i form av bonus og andre gratialer vil anses som en alminnelig eller individuell ytelse. I sak C 333-97 (Lewen-saken) kom EF-retten til at en tilleggssytelse som samtlige arbeidstakere får skal anses som en alminnelig fordel dersom den ikke er individuelt resultatbasert. I denne konkrete saken var det snakk om et julegratiale som skulle komme alle arbeidstakere til gode, men som uteble på grunn av fraværperiode knyttet til graviditet og fødsel. Dette innebærer at en tilsynelatende individuell bonus eller gratiale vil anses som en alminnelig fordel dersom samtlige arbeidstakere mottar den.

For at en arbeidsgiver rettmessig skal kunne endre på de alminnelige fordelene i forbindelse med permisjon, må det først og fremst være snakk om en permisjon ut over minsterettighetene forbeholdt mor eller far. Ved endring i forbindelse med minsterettighetene vil dette innebære diskriminering. Dersom en fordel regnes som alminnelig, det vil si at alle mottar fordelene og at den ikke er individuelt resultatbasert, vil ansatte i permisjon i utgangspunktet ha rett til å motta fordelene. Dette er uavhengig om den fremgår av avtale eller ikke.

⁵⁷ Se LDN-2006-22

⁵⁸ Saken er tidligere beskrevet i pkt 4.1.1 om endring av stilling

4.2.2 Bonus og individuelle fordeler

Av Prop. 126 L (2011-2012) går det frem at arbeidsgiver kan ha adgang til å vektlegge fraværet knyttet til graviditetsrelaterte permisjoner når resultatbaserte individuelle tillegg skal utregnes.⁵⁹

I sak C 333-97 (Lewen-saken) kom EF-retten til at en tilleggssytelse som samtlige arbeidstakere får og som anses som individuell, ikke kan reduseres med perioden en permisjonstaker ufrivillig uteblir fra arbeidet. I likhet med sak C-284/02 (Sass-saken) kom EF-domstolen her til at formålet med permisjonen skulle være utslagsgivende for om justeringen av et slikt tillegg ville være rettmessig. EF-retten skilte også her på om formålet art var frivillig- eller lovpålagt. Etter Lewen-saken ser vi at bonuser og andre gratialer som er av generell art og som er uavhengig av innsats skal imidlertid regnes som en del av den alminnelige lønnen og skal utbetales som om den ansatte var i jobb. En arbeidsgiver kan etter EF-retten ikke redusere tilleggssytelser som er av generell art så lenge permisjonen er lovpålagt eller er til for å beskytte mor eller barn.

På en annen side kan også individuelle tillegg falle inn under disse bestemmelsene. I ombudets sak LDO-2011-630 var spørsmålet om arbeidsgiver kunne vektlegge fraværsperioden under uttak av fedrekvoten ved utregning av den totale omsetningen, som var grunnlaget for de ansattes årsbonus. Arbeidsgiver hadde trukket fra fraværet ved uttak av fedrekvoten i bonusutregning, noe som medførte at den individuelle årsbonusen ikke ble oppnådd. Det gikk frem av saken at dersom fraværsperioden hadde blitt medregnet, hadde arbeidstakeren mottatt bonusen. Ombudet uttalte at «det er urimelig at A overhodet ikke skal få ta del i virksomhetens bonus når han har vært til stede størstedelen av opptjeningsperioden og i stor grad har bidratt til virksomhetens omsetning». Ombudet fant på bakgrunn av dette at arbeidsgiver hadde handlet i strid med likestillingsloven ettersom fraværsperioden ble vektlagt.

I likhet med Sass-saken og Lewen-saken ser vi også av ombudets tolkning i ovennevnte sak at uttak av permisjoner som er forbeholdt mor eller far er underlagt et strengt forbud mot forskjellsbehandling uavhengig om det gjelder individuelle eller alminnelige ytelser. Imidlertid besluttet ombudet i sak LDO-2011/609 å anvende den *ulovfestede unntaksregelen* ved å tillate forskjellsbehandling ved nedjustering av bonus under uttak av fedrekvoten. Det ble lagt til

⁵⁹ Jf. Prop.126 L (2011-2012) s. 20

grunn at arbeidstakeren havnet i en dårligere stilling enn han ellers ville ha vært på grunn av uttak av fedrekvoten og at dette innebar direkte forskjellsbehandling etter likestillingslovens bestemmelser. Allikevel uttalte ombudet at «I særlige tilfeller kan direkte forskjellsbehandling etter den ulovfestede unntaksregelen være tillatt dersom den er saklig begrunnet og fremstår som akseptabel, og handlingen er nødvendig og ikke uforholdsmessig inngripende i forhold til formålet.». Ombudet la også til grunn at arbeidstakeren mottok lønn under uttak av fedrekvoten og at endringen i bonusutbetalingen ikke utgjorde uforholdsmessige inngripende forskjeller i bonusutbetalingen. I tillegg mente ombudet at behovet for tilstedeværelse, som var vurderingsgrunnlaget for bonusen, måtte gå foran hensynet til arbeidstakeren. Dette fordi at innsatsen til hver enkelt arbeidstaker var avgjørende for driftsresultatet i virksomheten.

I denne sak LDO-2011-609 har ombudet tolket likestillingsloven i strid med bestemmelsene som følger av EU-retten, samtidig som forbudet i likestillingsloven ikke ble overholdt. Det finnes ingen annen retts- eller forvaltningspraksis som tar for seg den samme problemstillingen, så det er vanskelig å avgjøre hvor grensen går for at den ulovfestede unntaksbestemmelsen kan anvendes. Imidlertid kan det se ut til at anvendelsen må overveies i hver enkelt sak.

Oppsummerende om endringer i lønnsvilkår ved permisjon

Bestemmelsen i likestillingsloven § 20 b fastslår at permisjonstakende arbeidstakere har rett til å nyte godt av alminnelige forbedringer av lønnsvilkårene. Lønnsvilkårene skal fremgå av arbeidsavtalen jf. arbeidsmiljølovens bestemmelser. Dette innebærer at arbeidsgiver får en begrenset adgang til å gjøre endringer i lønnen. Hva som inngår i de alminnelige lønnsvilkårene viser seg av rettspraksis å være godtgjørelser som ikke er avhengig av arbeidstakers innsats. Arbeidstakere kan imidlertid også være vernet mot endringer individuelle fordeler som følger av stilingen.

En arbeidsgiver kan ikke vektlegge fravær under lovpålagt permisjon ved utregning av lønnsansiennitet. Det følger av EU-retten og FNs kvinnekonvensjon at fravær ved lovpålagte permisjoner er underlagt et sterkt vern, og forskjellsbehandling ved slike permisjoner innebærer direkte diskriminering.⁶⁰ Allikevel kan en etter EU-retten legge vekt på fravær ved frivillige permisjoner. Imidlertid gir likestillingsloven et sterkere vern enn det EU-retten gjør. Det går

⁶⁰ Jf. C-284/02 (Sass-saken) og C 333-97 (Lewen-saken) og FNs kvinnekonvensjon artikkel 11 nr 2 b

frem av nemdspraksis at det innebærer indirekte forskjellsbehandling å vektlegge fravær ut over de lovpålagte permisjonsrettighetene.⁶¹ Dette betyr at arbeidstakere har rett til å beholde sin lønnsansiennitet under graviditetsrelaterte permisjoner som anses som mer eller mindre frivillig, med mindre unnlåtelsen har et saklig formål.

Likestillingslovens bestemmelser skiller mellom ytelser av alminnelig og individuell art. Arbeidsgiver kan ha adgang til å vektlegge fravær knyttet til graviditetsrelaterte permisjoner ved utregning av resultatavhengige individuelle ytelser.⁶² Godtgjørelser som er av en individuell art, som for eksempel innsatsavhengig bonus, anses i utgangspunktet ikke som en del av den alminnelige lønnen. Arbeidsgiver har dermed anledning til å redusere bonusen, med mindre permisjonen er lovpålagt. Ved permisjoner som er forbeholdt mor eller far vil forskjellsbehandling begrunnet i fraværet innebære direkte diskriminering. Vernet er imidlertid ikke absolutt. Det går frem av ombudspraksis at den ulovfestede unntaksregelen kan benyttes i tilfeller hvor bakgrunnen for forskjellsbehandlingen er «saklig begrunnet og fremstår som akseptabel, og handlingen er nødvendig og ikke uforholdsmessig inngripende i forhold til formålet».⁶³

4.3 Permisjonstakeres rett til å fremme lønnskrav og å delta i lønnsforhandlinger

Å fremme lønnskrav eller å delta i lønnsforhandlinger kan anses som en del av arbeidstakeres arbeidsvilkår. I det følgende vil vi derfor se på arbeidsgivers adgang til å utelukke arbeidstakere fra å fremme lønnskrav og å delta i lønnsforhandlinger i sammenheng med permisjon.

Arbeidstakere som er eller har vært i graviditetsrelatert permisjon har etter likestillingsloven § 20 c rett til å «fremme lønnskrav og å bli vurdert i lønnsforhandlinger på samme måte som de øvrige arbeidstakerne i virksomheten». Jf. Prop. 126 L (2011-2012) gjelder dette imidlertid kun ved lokale lønnsforhandlinger.⁶⁴ Av forarbeidene går det videre frem at arbeidsgiver i *utgangspunktet* ikke kan la det graviditetsrelatert fraværet diskvalifisere arbeidstakeren.⁶⁵ Dette innebærer at det i særskilte tilfeller kan åpnes for at fraværet kan vektlegges. Dersom en

⁶¹ Jf. LDN-2006-22

⁶² Jf. Prop. 126 L (2011-2012) s. 20

⁶³ Jf. LDO-2011-609

⁶⁴ Jf. Prop. 126 L (2011-2012) s. 30

⁶⁵ Jf. Prop. 126 L (2011-2012) s. 26

arbeidstaker har mistanke om forskjellsbehandling ved lønnsfastsettelse, kan arbeidstakeren kreve at arbeidsgiver opplyser om lønnen til sammenligningspersonen jf. lovens § 22.

Et spørsmål er dermed om arbeidsgiver automatisk kan utelukke permisjonstakere fra lønnsforhandlinger på grunn av fraværet som følger av permisjon. I sak LKN-2004-22 ble en ansatt utelukket fra to lokale lønnsforhandlinger i sammenheng med graviditetsrelatert permisjon. Spørsmålet i saken var om utelukkelsen fra lønnsforhandlingene var i strid med likestillingslovens diskrimineringsforbud. Den ansatte fikk ikke delta i lønnsforhandlingene i 2002 og 2003 fordi arbeidsgiver anså at det ikke forelå et tilstrekkelig vurderingsgrunnlag for et eventuelt lønnsopprykk. Nemda anså dette som indirekte forskjellsbehandling ettersom dette indirekte var begrunnet i graviditeten, noe som innebar at unntaksbestemmelsene i loven kunne benyttes dersom det var et tungtveiende saklig grunnlag for forskjellsbehandlingen. Arbeidstakeren hadde vært i arbeid et helt år før lønnsforhandlingene i 2002. Nemda uttalte på bakgrunn av dette at «det fremstår som uforholdsmessig og lite rimelig sett opp mot kriteriene som ble lagt til grunn at hun ikke engang ble vurdert nærmere for tilleggslønn dette året (...)». Nemda kom frem til at utelukkelsen fra 2002-forhandlingene var i strid med lovens forbud. På en annen side kom nemda til at utelukkelsen fra 2003-forhandlingene ikke var i strid med lovens forbud. Dette på bakgrunn av at arbeidstakeren var fraværende i hele perioden mellom forrige lønnsforhandling og forhandlingene i 2003 og det ikke lå et vurderingsgrunnlag i grunn.

En arbeidsgiver kan ikke automatisk utelukke arbeidstakere som er eller har vært i graviditetsrelatert permisjon ut over minsterettighetene fra lønnsforhandlinger. Dette vil innebære indirekte forskjellsbehandling og er i utgangspunktet ikke lovlig etter likestillingsloven § 5. En eventuell utelukkelse må hvile på et saklig tungtveiende grunnlag etter § 6, som er tatt fra en konkret vurdering av hver enkelt sak.

Hvordan kan en arbeidsgiver bevise at forskjellsbehandling hviler på en saklig begrunnelse? Permisjoner forbeholdt mor eller far vil ha et sterkere vern enn permisjoner ut over minsterettighetene etter likestillingslovens bestemmelser.⁶⁶ Nemda uttalte i sak LKN-2005-31 at det vil innebære direkte forskjellsbehandling dersom en arbeidstaker stiller dårligere enn andre ved lokale lønnsforhandlinger om dette er begrunnet i graviditet, fødsel eller utnyttelse

⁶⁶ Jf Prop. L 126 (2011-2012) s. 12. Permisjonsrettighetene er tidligere nevnt i punkt 2.5 og 2.6

av permisjonsrettigheter forbeholdt det ene kjønn. Ved å utnytte seg av graviditetsrelaterte permisjoner ut over minsterettighetene vil det imidlertid innebære indirekte forskjellsbehandling, og det må ligge tungtveiende saklige grunner for at forskjellsbehandling rettmessig skal finne sted jf. likestillingsloven § 6.

Sak LKN-2005-31 gjaldt en kvinne som på grunn av fraværet ved graviditet, fødsel og ved utnyttelse av foreldrepermisjon ikke fikk lønnsopprykk i takt med sine fire mannlige kolleger. Innen graviditeten lå kvinnen i toppsjiktet blant sine kolleger, mens etter fødselen og foreldrepermisjonen lå hun på bunnen. Nemdas flertall fant at det var grunn til å tro at permisjonen graviditeten og foreldrepermisjon var bakgrunnen for forskjellsbehandlingen. Dette innebærer at saken gjaldt både direkte og indirekte forskjellsbehandling og at arbeidsgiveren fikk bevisbyrden. Arbeidsgiveren på sin side kunne ikke gi en konkret begrunnelse for at kvinnen ikke fikk lønnsopprykk i takt med sine mannlige kolleger, og begrunnet dette i taushetsplikten. Imidlertid bemerket nemda at taushetsplikten ikke kunne komme i veien for opplysningsplikten som følger av likestillingslovens bestemmelser. Arbeidsgiver klarte dermed ikke å sannsynliggjøre at det var kjønnsnøytrale forhold som lå til grunn for forskjellsbehandlingen og nemdas flertall kom frem til at arbeidsgiveren hadde handlet i strid med diskrimineringsforbudet ved å ikke gi lønnsopprykk. Arbeidsgiver må dermed kunne dokumentere at avgjørelsen hviler på et saklig grunnlag. Dersom avgjørelsen ikke kan dokumenteres vil det dermed veie for at forskjellsbehandling har funnet sted.

Oppsummerende om arbeidstakers rett til å fremme lønnskrav

Å ikke la arbeidstaker fremme lønnskrav eller delta i lønnsforhandlinger kan anses som en svekkelse av arbeidsvilkår. Å utelukke en arbeidstaker som utnytter seg av permisjonsrettighetene forbeholdt det ene kjønn fra lønnsforhandlinger og fra å fremme lønnskrav vil innebære direkte diskriminering. Det vil ikke ligge innenfor arbeidsgivers styringsrett å beslutte at en arbeidstaker skal utelukkes på bakgrunn av disse permisjonene. Imidlertid kan det ligge innenfor rammene av styringsretten å utelukke en arbeidstaker dersom det er i forbindelse med permisjoner ut over minsterettighetene. For at dette ikke skal stride imot diskrimineringsforbudet må det ligge tungtveiende saklige grunner for at forskjellsbehandling skal tillates. I tillegg må dette kunne dokumenteres. Arbeidsgiver kan ikke påberope seg taushetsplikten som begrunnelse for å ikke dokumentere forskjellsbehandling som har funnet sted jf. opplysningsplikten i likestillingsloven § 22.

5 KONKLUSJON

Oppgaven har belyst temaet graviditetsdiskriminering i arbeidsforhold i forbindelse med utnyttelse av permisjonsrettigheter. Formålet med denne oppgaven har vært å fastsette hvilket handlingsrom arbeidsgiver har ved gjennomføring av endringer i et arbeidsforhold, sett opp mot arbeidsgivers styringsrett versus diskrimineringsvernet de ansatte har. Vi ønsket å svare på hvordan graviditetsdiskrimineringsvernet påvirker arbeidsgivers adgang til å utøve sin styringsrett. Oppgaven har vist at arbeidstakere som utnytter permisjonsrettighetene i forbindelse med graviditet gis et særskilt vern mot endringer i arbeidsvilkårene. Vi har sett at permisjoner som er forbeholdt det ene kjønn faller under bestemmelsene om direkte forskjellsbehandling og er ilagt et nærmest absolutt endringsvern etter norsk lovgivning. Diskrimineringsvernet setter således stramme begrensninger for styringsretten. Imidlertid har forvaltningsorganene en praksis for å i særskilte tilfeller tillate direkte forskjellsbehandling ved å ta i bruk den ulovfestede unntaksbestemmelsen, men det ser ut til at dette kun gjelder i tilfeller hvor permisjonen ikke er lovpålagt. Ved generelle graviditetsrelaterte permisjoner ut over minsterettighetene har arbeidsgiver derimot adgang til å endre arbeidsvilkårene innenfor styringsrettens rammer. Imidlertid er adgangen snever og endringene skal hvile på et saklig og dokumenterbart grunnlag. I slike tilfeller skal også arbeidstakers hensyn og arbeidsgivers hensyn overveies og beslutningen skal ikke være uforholdsmessig inngripende overfor arbeidstaker.

Av oppgaven har vi sett at forskjellen mellom direkte forskjellsbehandling, som skal gi et absolutt vern, og indirekte forskjellsbehandling som gir et svekket vern, ikke har et skarp skille i praksis. Dette kan være et tema for videre diskusjoner ettersom diskrimineringsvernet av denne grunn kan oppleves som diffus og lett kan misforstås.

6 LITTERATURLISTE

Norske lover

- | | |
|----------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Lov av 27. november 1992 nr. 109 | om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) |
| Lov av 28. februar, 1997 nr. 19 | om folketrygd (Folketrygdeloven) |
| Lov av 21. juni 2013 nr 59 | om likestilling mellom kjønnene (Likestillingsloven) |
| Lov av 21. mai 2005 nr 30 | om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven). |
| Lov av 17. juni 2005 nr. 62 | om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern (arbeidsmiljøloven) |

EU direktiver og konvensjoner vedtatt av FN

- | | |
|-------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Rådsdirektiv 76/207/EØF | om gjennomføring av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner når det gjelder adgang til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse samt arbeidsvilkår (Likebehandlingsdirektivet) |
| Rådsdirektiv 92/85/EØF | om iverksetting av tiltak som forbedrer helse og sikkerhet på arbeidsplassen for gravide arbeidstakere og arbeidstakere som nylig har født eller som ammer (Svangerskapsdirektivet) |

Rådsdirektiv 2006/54/EF	om gjennomføring av prinsippet om like muligheter for og likebehandling av menn og kvinner i forbindelse med arbeid og yrkesdeltakelse (Likestillingsdirektivet)
-------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Rådsdirektiv 2010/18/EU	om gjennomføring av den reviderte rammeavtale vedrørende foreldrepermisjon (Foreldrepermisjonsdirektivet)
-------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------

FNs kvinnekonvensjon	Konvensjonen om å avskaffe alle former for diskriminering av kvinner. 18. desember 1979
----------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------

Lovforarbeider:

Innst. 158 L (2009-2010)	Innstilling fra familie- og kulturkomiteen om endringer i arbeidsmiljøloven, likestillingsloven, diskrimineringsombudsloven og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven.
--------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

NOU 2009:14	Et helhetlig diskrimineringsvern - Diskrimineringslovutvalgets utredning om en samlet diskrimineringslov, grunnlovsværn og ratifikasjon av tilleggsprotokoll nr. 12 til EMK
-------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Ot.prp.nr 79 (2008-2009)	Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven, likestillingsloven, diskrimineringsombudsloven og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven
--------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Ot.prp.nr.77 (2000-2001)	Om lov om endringer i likestillingsloven mv.
--------------------------	----------------------------------------------

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005)	Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.
----------------------------	---------------------------------------------------------

Ot.prp. nr. 35 (2004–2005)	Om lov om endringer i likestillingsloven mv.
----------------------------	----------------------------------------------

Prop. 126 L (2011–2012)	Endringer i likestillingsloven (tydeliggjøring av rettigheter ved foreldrepermisjon)
-------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------

Prop. 88 L (2012–2013) - Diskrimineringslovgivning (diskrimineringsloven om seksuell orientering, likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven)

Rettsavgjørelser

Rt-2011-841	Undervisningsinspektør
Rt-2000-1602	Nøkk-dommen
Rt-2008-856	Theatercafe-dommen
Rt-2001-418	Kårstø-dommen
RG-1996-463	

Eu-domstolen

C-284/02	Sass-saken
C-342/93	Gillespie-saken
C-333-97	Lewen –saken
C-471/08	FinnAir-saken

Nemndspraksis

LDN-2015-1
LDN-2006-22
LDN-2006-7
LKN-2005-31
LKN-2004-22

Ombudspraksis

LDO-2015-541
LDO-2011-630
LDO-2011-609
LDO-2008-1324

Litteratur:

Andersen, Kristen. *Fra arbeidslivets rett*. Oslo: Tanum, 1967.

Boe, Erik. *Grunnleggende juridisk metode: en introduksjon til rett og rettstenkning*, 3 utg. Universitetsforlag, 2012.

Jakhelln, Henning. *Oversikt over arbeidsretten*. 4. utg. Oslo, 2006.

Næss Skjønberg, Alexander og Eirik Hognestad, *Individuell Arbeidsrett*. Oslo: Gyldendal Juridisk, 2014.

Storeng, Beck og Nils Due Lund. *Arbeidslivets spilleregler* 3. utg. Universitetsforlaget, 2014.

Vigerust, Elisabeth. *Vern mot graviditetsdiskriminering i arbeidsforhold*. I: Diskriminerings- og likestillingsrett. Hellum og Ketscher (red.). Oslo, 2008

Artikler og nettsider:

Altinn, «*hvem betaler lønnen i forbindelse med permisjoner?*» Lesedato. 20.03.17
<https://www.altinn.no/no/Starte-og-drive-bedrift/Drive/Arbeidsforhold/Permisjoner-og-ferie/Er-det-folketrygden-eller-bedriften-som-betaler/>

Arbeidstilsynet, «*Graviditet og arbeidsmiljø*». Lesedato 22.03.17
<http://www.arbeidstilsynet.no/fakta.html?tid=78194>

Likestillings- og diskrimineringsnemda. "*LDOs statistikk – Statistikk 2007-2015*".
Lesedato 12.04.2017 <http://www.ldo.no/nyheiter-og-fag/ldos-statistikk/>

Likestillings- og diskrimineringsombudet. "*Rapport om graviditet og foreldrepermisjon*"
Frigitt 16. Oktober 2013. <http://www.ldo.no/nyheiter-og-fag/Analyser/>

NAV: Grunnbeløpet i folketrygden. Lesedato 12.03.17
<https://www.nav.no/no/NAV+og+samfunn/Kontakt+NAV/Utbetalinger/Grunnbelopet+i+folketrygden>

Business Europe, UEAPME, CEEP, ETUC, "*Framework Agreement on Parental Leave (Revised)*". Frigitt 18 Juni 2009.
<http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=2999&langId=en>

